

University of Groningen

Van handeling naar rechtshandeling

Lokin, J. H. A.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Lokin, J. H. A. (2000). Van handeling naar rechtshandeling: Een kwestie van definitie. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XVII, 17-42. <http://rjh.ub.rug.nl/grom>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Van handeling naar rechtshandeling

Een kwestie van definitie

Inleiding

Welke invloed heeft het Duitse BGB op de Nederlandse doctrine en op de Nederlandse wetgeving gehad? Dat is het hoofdthema van deze aflevering van het Magazijn. In dit opstel wordt die invloed aan de hand van één voorbeeld geschetst. Dat voorbeeld betreft een nieuwe rechtsfiguur die haar entree maakte in het Duitse wetboek en daar dadelijk een centrale positie innam, het *Rechtsgeschäft*. Het nieuwe begrip kwam niet als een *deus ex machina* uit de *Begriffshimmel* vallen, maar had zich in de Duitse doctrine al een plaats veroverd. In 1900 werd die wettelijk bevestigd en omdat het BGB het eerste pan-Duitse wetboek was, hoefde het *Rechtsgeschäft* niet de concurrentie aan te gaan met de rechtsfiguur die traditioneel de centrale plaats innam, de overeenkomst. Nederland kende wel een wetboek waarin in navolging van de Franse Code civil en uiteindelijk het Romeinse recht de overeenkomst de hoeksteen was van het civielrechtelijk gebouw. In het onderstaande wordt in grove lijnen de weg gevolgd die de rechtshandeling – zo werd het Duitse *Rechtsgeschäft* bij ons vertaald – heeft afgelegd in de Nederlandse doctrine tot aan haar opname in het BW van 1992. Die ontwikkeling wordt beschreven aan de hand van de verschillende definities die men van de rechtshandeling heeft gepoogd op te stellen; van die definitie hing namelijk haar plaatsbepaling in het privaatrechtelijk stelsel af. Het zal blijken dat de Nederlandse rechtsleer zich nooit van de Duitse leiband heeft ontdaan. Waarschijnlijk is er geen beter voorbeeld te geven van de invloed van het BGB en van de Duitse doctrine op het Nederlandse privaatrecht dan dat van de begripsbepaling van de rechtshandeling.

Code civil en OBW

Toen in 1904 een lijvig boek uitkwam ter herdenking van het honderdjarig bestaan van de Franse Code civil was het Duitse BGB net vier jaar in werking getreden. In de bijdragen aan het gedenkboek overheerste natuurlijk de voldoening over de zegeningen die Napoleons schepping Frankrijk had gebracht, maar een enkele schrijver kon niet nalaten de honderdjarige te vergelijken met de vierjarige kleuter uit Duitsland en wonderlijk genoeg viel die vergelijking niet altijd gunstig uit voor de jeugd. De Parijse hoogleraar Saleilles bewonderde de soepelheid en buigzaamheid van de grijsaard in tegenstelling tot het strakke keurslijf waarin het jonge leven van het Duitse privaatrecht was gegoten. In tegenstelling tot de wat los gecomponeerde Code civil kenmerkte het Duitse wetboek zich

door *la réglementation minutieuse des institutions, la multiplicité des détails, le formalisme des conditions d'application*.¹

Wel was men allerwegen onder de indruk van de wettelijke geboorte van een tot nu toe onbekende soort in de flora van de rechtsbegrippen en wel die der *Rechtsgeschäfte*. De introductie daarvan was een van de belangrijkste vernieuwingen op het gebied van het vermogensrecht. In de ontwikkeling van de theorie van het juridisch handelen was zij een nieuwe mijlpaal. Die ontwikkeling was begonnen in het Romeinse recht dat slechts aan bepaalde menselijke gedragingen rechtsgevolgen toekende. Bepaalde, welomschreven handelingen gaven processuele bescherming ofwel aan de handelende persoon ofwel aan een derde die door een wederom welomschreven handeling was geschaad. De laatste handelingen werden aangeduid als *delicta*, de eerste als *contractus*. Deze Romeinse contracten zijn niet gelijk te stellen met onze overeenkomsten, hoewel heden ten dage beide uitdrukkingen door elkaar heen worden gebruikt. Oorspronkelijk, dat wil zeggen in de Romeinse tijd, waren er overeenkomsten die wèl en die geen rechtsgevolgen in het leven riepen. De laatste werden meestal *pacta* genoemd en daarvoor gold de regel: *pacta nuda non valent*. Zonder de gehele ontwikkeling op de voet te volgen² kan men stellen dat pas in de zestiende en zeventiende eeuw de gedachte algemeen post vatte dat de gelding van beide soorten overeenkomst dezelfde was, daar zij toch beide berusten op de *consensus* van de met elkaar in betrekking staande personen. Elke op *consensus* berustende afspraak diende dus rechtsgevolgen te hebben. Ter aanduiding van deze alom geldende overeenkomst bediende men zich van de wat vage Romeinsrechtelijke uitdrukking *conventio* (letterlijk: samenkomst). Toch was de oude Romeinse onderscheiding nog zichtbaar in de Franse Code civil, die immers in art. 1101 zijn omschrijving van de overeenkomst begint met de woorden: *Le contrat est une convention* (...) Het kan zijn dat de twee woorden dadelijk als een tautologie naast elkaar zijn gebruikt, maar waarschijnlijker is dat zij zijn ontleend aan Pothier, die zich het Romeinsrechtelijk onderscheid maar al te goed herinnerde en het contract als een *species* van het *genus conventio* beschouwde. Maar ook in de tijd van Pothier had het onderscheid al zijn zin verloren, allereerst omdat, zoals hij zei, het niet strookte met de beginselen van het

¹ R. Saleilles, 'Le Code civil et la methode historique', in: *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Parijs 1904, p. 103.

² De ontwikkeling wordt in vogelvlucht beschreven in R. Feenstra en Margreet Ahsmann in: *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*. Rechtshistorische cahiers no 2, 2^e druk, Deventer 1988.

natuurrecht en voorts omdat het verre van een simpel onderscheid was.³ Hoewel dus het onderscheid waarschijnlijk teruggaat op Pothier, betekenen beide woorden in de Code civil hetzelfde.⁴ De Nederlandse vertaling van dat art. 1101 begint dan ook met de woorden: *Een contract is eene overeenkomst (...)*.

Joannes van der Linden volgde in zijn ontwerp van 1807 ‘de voetstappen van den onvergelykelijken Pothier’,⁵ die in de Code civil des Français op ‘ontallijke plaatsen’ zichtbaar waren. In art. 3.1.1.1 ging hij een omschrijving uit de weg door te bepalen: Men wordt gezegd te *contracteren*, wanneer een Persoon zich aan een ander, of twee of meer Personen zich wederkeerig aan elkander ... verbinden, etc. maar in het volgende artikel kwalificeerde hij dit *zich verbinden* als *handelingen*. ‘Deze handelingen brengen eene volkomene Burgerlijke verbintenis voort.’ Uit het in deze zin gebruikte meervoud kan men afleiden dat Van der Linden de nadruk legde op de *wederzijdse* activiteit der partijen. Elke partij verrichte kennelijk een handeling: de een deed een aanbod en de ander aanvaardde dat. Van der Linden zag dus het aanbod en de aanvaarding als afzonderlijke handelingen die een overeenkomst tot stand brengen.

Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland uit 1809 laat geen verschil zien met de omschrijving van de Code civil, die vervolgens in 1811 in ons land kracht van wet verkrijgt. Ondanks de pogingen van koning Willem I en J.M. Kemper⁶ om een nationaal wetboek te maken blijft de Code civil gelden tot 1838. Het ontwerp 1830 ofwel het ontwerp Nicolaï brengt opnieuw geen wijziging in de omschrijving van de overeenkomst aan. Steeds wordt de tautologie gebezigd: ‘een contract is eene overeenkomst’.

Juist deze tautologie werd het voorwerp van bespreking op 4 maart 1833 in de wijzigingscommissie die het ontwerp Nicolaï na de Belgische opstand aan de Noord-Nederlandse omstandigheden moest aanpassen. De commissie had namelijk bezwaar tegen het ‘onduitsche’ (lees: Franse) woord *kontrakt* en tekende aan:

³ R.J. Pothier, ‘Traité des obligations’, in: *Oeuvres complètes de R.J. Pothier*, Parijs 1835, p. 441: ‘Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c’est qu’un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c’est qu’une convention.

Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier; ...

L’espèce de convention, qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu’on appelle Contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n’étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit (...).’

⁴ Zie C.B.M. Toullier, *Le droit français suivant l’ordre du Code*, 6, Brussel 1824, p. 10 e.v.

⁵ Joannes van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, heruitgave verzorgd door J.Th. de Smidt, Amsterdam 1967, p. 159.

⁶ J.M. Kemper omschreef in art. 2593 van zijn ontwerp 1820 een overeenkomst of contract als ‘de vereenigde wilsverklaring van beide partijen’. Hij bezigde dus het enkelvoud.

LOKIN

‘De afdeling hecht er zeer aan, om zoo hier als elders in dit wetboek, en in dat van koophandel, niet het onduitsche woord: *kontrakt*, maar het alles omvattende en hetzelfde beteekenende Hollandse woord: *overeenkomst*, overal en zonder bijvoeging of verwisseling te gebruiken. Dit laatste ontsiert het wetboek, en is door één artikel algemeen tegen te gaan, terwijl de herdruk van het wetboek, de geschikte gelegenheid tot herstel zal aanbieden.’

Deze opmerking van de vierde afdeling had succes. Als gevolg ervan werd bepaald:

‘In dit wetboek zal overal, waar het woord: *kontrakt*, mitsgaders: *kontrakt of*, voorkomt, worden gelezen: *overeenkomst*.’

Omdat de omschrijving van art. 1349 OBW (art. 1374 BW 1830) ten gevolge van deze wijziging niet alleen een tautologie bevatte maar zelfs gelijkluidendheid (Eene overeenkomst is eene overeenkomst), werd bepaald dat de aanhef zou luiden: Eene overeenkomst is eene *handeling*, waarbij etc.

G. Diephuis en C.W. Opzoomer

De eerste commentatoren van ons Burgerlijk Wetboek waren over het resultaat niet tevreden. Diephuis schreef in zijn eerste commentaar:⁷

‘De bepaling van art. 1349 B.W. schijnt echter niet vrij van gebreken te zijn. Vooreerst is het woord *handeling* te algemeen, ook in verband met de nadere bepaling daarvan, zoo als die volgt; het waarnemen toch van eens anders zaken, onverschuldigde betaling en onregmatige daden zijn ook handelingen, waardoor een of meerdere personen zich jegens een of meerdere anderen verbinden, waaraan soms beide meer of minder deel hebben.’

Diephuis stelde derhalve voor de overeenkomst te omschrijven als ‘eene overeenstemming van twee of meer personen, die zich jegens elkander verbinden’.

Ook aan Opzoomer was de gebrekkige omschrijving van art. 1349 niet ontgaan, maar aangezien Diephuis de wetgever zo hard viel over zijn falen in dit opzicht, kwam hij hem te hulp. Was het niet beter geweest indien de wetgever niet van *handeling* maar van *wilsovereenstemming* had gesproken, zo vroeg hij zich af. Wellicht is de in de wet gebezigde definitie een fout geweest, zo wilde hij wel toegeven, maar zij is niet ernstig want ze wordt door art. 1356 goedge maakt. Daarin wordt immers onder de voorwaarden zonder welke een overeenkomst niet kan gelden de *toestemming* der partijen genoemd. Ja, als men de tekst van art. 1349 goed leest, dan kan men die toestemming uit de bewoordingen ervan halen.

⁷ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, VI, Groningen 1849, p. 224.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

‘Uitdrukkelijk genoemd, ik erken het, is zij niet; maar ligt zij toch niet in de woorden: ‘eene handeling, waarbij men zich verbindt’? Het waarnemen van eens anders zaken, onverschuldigde betaling en onrechtmatige daden, zijn zonder twijfel ook handelingen, *waardoor men verbonden wordt*; maar zijn het ook handelingen, *waarbij men zich verbindt*? Gedooft ons spraakgebruik ze zoo te noemen? Ik vraag niet, of ik wel in den wetgever zelve taalkundige fijnheden mag onderstellen, want ik maak een onderscheid tusschen den wetgever en zijne wet.’⁸

De laatste opmerking is kenmerkend voor Opzoomer, die anders dan Diephuis veel minder op zoek was naar de bedoeling van de wetgever en de woorden van de wet steeds los van die bedoeling in beschouwing wilde nemen.⁹ Opzoomer zou als ‘de eenvoudigste en tevens volledigste bepaling’ de overeenkomst willen omschrijven als ‘het wederzijds toestemmen tot het ontstaan eener verbintenis, wier voorwerp bepaald en wier oorzaak geoorloofd is’.

Zeven jaar na Opzoomers beschouwingen en zevenendertig jaar na zijn eerste commentaar kwam Diephuis toe aan een hernieuwde bespreking van art. 1349 OBW. Hij bleek niet van gedachten te zijn veranderd en scherpte zijn kritiek zelfs nog aan. Hij noemde het woord handeling in de definitie het ‘hoofdgebrek van het artikel. Dit woord is veel te algemeen en doet zonder nadere aanduiding aan samenwerking niet denken. En juist die samenwerking maakt de kern der overeenkomst uit.’¹⁰ Natuurlijk kan Diephuis het niet laten Opzoomer te bestrijden, die in het zojuist aangehaalde citaat op wel heel subtiel wijze had betoogd dat in tegenstelling tot de overeenkomsten waarbij men zoals art. 1349 stelt zich verbindt, de rechtmatige en onrechtmatige daden handelingen zijn waardoor men verbonden wordt en niet handelingen waardoor men zich verbindt. Als dat zo is, dan ‘zou ik willen vragen wie het dan doet’, aldus Diephuis. Neen, hij die ‘eene daad verrigt, waardoor hij volgens de wet verbonden wordt, verbindt daarbij of daardoor inderdaad zichzelf’.¹¹ Toch heeft Diephuis het woord *handeling* in zijn definitie willen behouden, maar dan in een nieuwe betekenis, die verstrekkende gevolgen zou hebben. Nadat hij de overeenkomst volgens eigen zeggen ‘genoegzaam bepaald’ had door haar te omschrijven als ‘eene door wederzijdsche wilsverklaring van twee of meer tegenover elkander staande personen tot stand gebrachte *handeling*, strekkende om eenig rechtsgevolg te weeg te brengen’ vervolgde hij aldus:

‘Eene overeenkomst is eene handeling, en wel eene *regtshandeling*, dienende om door de daarin gelegene wilsverklaring een rechtsgevolg te weeg te brengen.’

⁸ C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek verklaard*, VI, Amsterdam 1879, p. 7 en 8.

⁹ Vgl. J.H.A. Lokin, ‘De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer’, in: G. Diephuis, *C.W. Opzoomer 1892-1992*, p. 25-42.

¹⁰ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, X, Groningen 1886, p. 357.

¹¹ Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, X, p. 357 noot 2.

Waar had Diephuis deze nieuwe uitdrukking *rechtshandeling* vandaan, een uitdrukking die noch in het werk van Opzoomer¹² noch in de tien jaar later verschijnende *Verklaring* van N.K.F. Land op systematische wijze wordt behandeld? Daarvoor moeten we te rade gaan bij de oosterburen in Duitsland, dat in Diephuis' tijd op rechtsdogmatisch gebied de toon aangaf en dat in de tijd waarin Diephuis zijn grote commentaar schreef bezig was een nationaal burgerlijk wetboek te ontwerpen. In Duitsland en met name in de Historische School der pandektisten was al geruime tijd een papieren gedachtewisseling gaande waarin de drie begrippen uit Diephuis' definitie, *handeling*, *rechtshandeling* en *wilsverklaring*, centraal stonden. Grootmeester was, hoe kan het anders, F.C. von Savigny, die de nieuwe uitdrukkingen weliswaar niet als eerste gebruikte,¹³ maar toch als eerste een stelselmatige plaats gaf in zijn *System des heutigen römischen Rechts*. Was in het Romeinse recht de overeenkomst de kleinste eenheid geweest waaruit verbintenissen konden ontstaan en tenietgaan, in het eigentijdse (*heutige*) Romeinse recht van Savigny werd het molecuul van de overeenkomst gesplitst in de atomen van de rechtshandeling ofwel wilsverklaring.

F.C. von Savigny

In het derde deel van zijn *System* behandelt Savigny het ontstaan en tenietgaan van rechtsverhoudingen en komt dan al dadelijk te spreken over de rechtsfeiten (*juristische Thatsachen*), waaronder de zogenaamde *frey Handlungen* vallen. Deze laatste vallen in twee categorieën uiteen; in elk van beide is de wil van de handelende persoon op verschillende wijze werkzaam. De eerste bestaat uit de *Rechtsgeschäfte*. Daarin is de wil

‘als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wengleich diese vielleicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke seyn mag. Diese Thatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte.’¹⁴

Zoals uit het citaat blijkt, stelt Savigny de wilsverklaring aan de rechtshandeling gelijk. Die wilsverklaring is de kleinste eenheid, de kern van het verbintenissenrecht en om die kern bouwt Savigny zijn stelsel van het vermogensrecht. Iedere wilsverklaring kent

¹² De wilsverklaring was aan Opzoomer niet onbekend, maar hij behandelde haar niet als een op zichzelf staande rechtsfiguur. Hij beschouwde de wil en de verklaring als twee afzonderlijke bestanddelen van de overeenkomst en zocht in dat verband naar de uiteindelijke oorzaak van de bindende kracht van de overeenkomst die hij in de wil, niet in de verklaring gelegen zag. C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek verklaard*, Amsterdam 1874, p. 31 e.v. Vgl. J.H.A. Lokin, De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem 1993, p. 40-41.

¹³ Dat waren de grondleggers Gustav Hugo en Arnold Heise. De laatste omschreef *Rechtsgeschäfte* als ‘erlaubte Handlungen, die zu dem Zwecke unternommen werden, eine Rechtsänderung zu machen’. Vgl. Schall, *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, 1877 en A. Pernice, *Rechtsgeschäft und Rechtsordnung* in: *Grünhuts Zeitschrift* 1880, p. 465.

¹⁴ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlijn 1840, p. 5-6.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

volgens Savigny drie ‘momenten’: de wil, verklaring en de overeenstemming tussen de eerste en de tweede. Iedere wilsverklaring ofwel rechtshandeling moet ‘onmittelbar’ op het ontstaan of tenietgaan van een rechtsverhouding gericht zijn. Hoe nu verhoudt de overeenkomst zich in dit stelsel tot de zojuist gedefinieerde wilsverklaring? Is de overeenkomst te beschouwen als de overeenstemming van twee op elkander gerichte wilsverklaringen? Neen, aldus Savigny, de overeenkomst zelve is één wilsverklaring en niet een samenkomst, *conventio*, van de wilsverklaring van aanbod en de wilsverklaring van aanvaarding. Aanbod en aanvaarding zijn dus niet als afzonderlijke wilsverklaringen te beschouwen, maar aanloopfasen naar het ontstaan van één enkele ongedeelde wilsverklaring die *onmiddellijk* op ontstaan of tenietgaan van een rechtsverhouding is gericht en overeenkomst wordt genoemd. Het aanbod op zichzelf brengt nog geen wijziging in de rechtsverhouding teweeg en ook een aanvaarding van een vermeend aanbod heeft geen rechtsgevolg.¹⁵ Nee, het is de versmelting der beide willen waar het op aan komt of, in de woorden van Savigny zelf:

‘Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. – Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, oben dargestellten Begriffs der Willenserklärung. Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen, anstatt daß die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann.’¹⁶

Het citaat is kenmerkend voor de ‘systeembouwer’ Savigny. De overeenkomst als één wilsverklaring is een unieke toepassing, *eine einzelne Anwendung*, van het algemene begrip wilsverklaring, zoals hij die in het begin van zijn werk heeft uiteengezet. Dat algemene begrip valt in drie onderdelen uiteen: de wil, de verklaring en de overeenstemming tussen beide, terwijl de ‘unieke toepassing’ zich kenmerkt door *die Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen*. Twee of meer personen leggen één enkele wilsverklaring af, terwijl in het algemene geval één persoon goed is voor één wilsverklaring. Met deze beschouwing had Savigny, zoals zo dikwijls, de toon gezet, een toon die alle volgelingen uit de Historische School zouden overnemen, wel echter in verschillende variaties. Uit het bonte orkest halen wij hier twee spelers aan: Joseph Unger omdat hij zo’n grote invloed op Diephuis en daardoor op de Nederlandse rechtsontwikkeling heeft uitgeoefend¹⁷ en Bernhard Windscheid, omdat hij

¹⁵ Savigny’s opvatting is interessant wanneer men haar afzet tegen het veel later ontwikkelde leerstuk van de precontractuele verhouding, die dan wel geen dadelijk rechtsgevolg teweegbrengt, maar toch als een soort van rechtsverhouding is te beschouwen. Zij wordt immers door de redelijkheid en billijkheid beheerst en kan niet altijd zonder geldelijke genoegdoening verbroken worden.

¹⁶ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, p. 309.

¹⁷ Zie over die invloed J.H.A. Lokin, ‘Zwischen Code und Pandekten’, in *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Band 24, Berlin 1998, p. 257-258.

als lid van de eerste redactiecommissie zijn stempel heeft gedrukt op met name het begrippenapparaat van het Duitse BGB.

J. Unger en B. Windscheid

Unger keerde zich tegen Savigny's opvatting dat *Rechtsgeschäfte* met wilsverklaringen identiek zijn. Ook de onrechtmatige daad, *unerlaubte Handlung*, ja iedere *Handlung*, is immers een uiting van de wil, dus een wilsverklaring.¹⁸ De rechtshandelingen zijn een *species* van het *genus* wilsverklaring en wel die wilsverklaringen die de onmiddellijke geboorte, wijziging of dood van een rechtsverhouding ten doel hebben en ook daadwerkelijk veroorzaken. Niet voldoende is de enkele gerichtheid van de wil op de rechtswijziging; het moet duidelijk zijn dat zonder de medewerking van de wil de rechtswijziging niet zou plaatsvinden. Indien zij plaatsvindt onafhankelijk van het feit of de wil op de wijziging gericht is, kan van een rechtshandeling niet gesproken worden. Indien bijvoorbeeld iemand een ongeoorloofde handeling wil verrichten en ook de rechtsgevolgen ervan in zijn wil betreft – de zwerver gooit een ruit in om de nacht in het warme politiebureau te kunnen doorbrengen¹⁹ – dan maakt deze wilsgerichtheid de daad niet tot rechtshandeling. Voor de pleger van een onrechtmatige daad ontstaat de schadevergoedingsplicht niet omdat hij dat wilde, maar omdat hij een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Zo ook verliest iemand zijn recht door verjaring niet omdat mogelijkwerwijs zijn wil op het verlies van het recht gericht was, maar omdat de termijn verliep. De gerichte wil is met andere woorden voor het rechtsgevolg onverschillig. Enigszins verwarrend beschouwt Unger een onrechtmatige daad dus als een wilsverklaring die geen rechtshandeling is.

Ungers definitie is niet overgenomen door de man die verantwoordelijk is geweest voor vele begripsomschrijvingen van het BGB. Bernhard Windscheid²⁰ sloot zich weer aan bij de inzichten van zijn leermeester Savigny. Hij omschreef het *Rechtsgeschäft* als *eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung*. Tegelijkertijd erkende Windscheid dat over de juiste omschrijving van het *Rechtsgeschäft* de meningen uiteenliepen en dat het soms leek alsof iedereen er zijn eigen definitie op nahield.

¹⁸ J. Unger, *System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, 4^e Auflage, 1876, p. 40 noot 1: 'Mit Unrecht identificirt Savigny Rechtsgeschäfte und Willenserklärung; jede Handlung, auch die unerlaubte, ist eine Willenserklärung, Willensäußerung so wie umgekehrt jede Willenserklärung eine Handlung ist.'

¹⁹ Vgl. A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, Erlangen 1892, p. 5 noot 4: 'Dass z.B. manche Personen Verbrechen begehen, um in dem Gefängnisse ein Unterkommen zu finden, ist eine allbekannte Thatsache.'

²⁰ Over Windscheids rol in de totstandkoming van het BGB zie J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, p. 228 e.v.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

‘Ueber die Definition des Rgeschäfts herrscht kein Einverständniß unter den Schriftstellern. Der Begriff des Rgeschäfts ist in der neueren Zeit ein Lieblingsthema der wissenschaftlichen Verhandlung geworden; die Literatur wächst immer mehr.’²¹

Windscheid had wel een verklaring voor de bonte hoeveelheid van omschrijvingen. Men moet niet vergeten, zo zei hij, dat het begrip *Rechtsgeschäft* een rechtswetenschappelijk begrip is, dat wil zeggen een begrip dat de rechtswetenschap voor haar eigen doel hanteert.²² Daarom staat het aan ieder die aan een wetenschappelijke arbeid deelneemt vrij dat begrip zo te omschrijven dat het voor hem van nut is, op voorwaarde dat hij in de omschrijving niet in strijd komt met de woordbetekenis van de uitdrukking *Rechtsgeschäft*.

‘Genau genommen sollte man daher nicht sagen: Rgeschäft ist das und das, sondern: unter Rgeschäft verstehe ich das und das.’

Wat dan verstaat Windscheid onder *Rechtsgeschäft*? Allereerst maakt degene die een rechtshandeling verricht zijn wil duidelijk dat er een rechtsgevolg moge intreden en het objectieve recht laat dat rechtsgevolg intreden *omdat* het is gewild. Windscheid is het dus met Unger eens dat een handeling waarbij het rechtsgevolg intreedt terwijl het onverschillig is of de wil op dat rechtsgevolg gericht is, geen rechtshandeling is.

‘Diebstal met de bedoeling bestraft te worden, zaaksbeschadiging met de bedoeling een boete te betalen, moord met de bedoeling ergenaam te worden zijn geen rechtshandelingen.’²³

In de tweede plaats is de rechtshandeling de wilsverklaring van een privé-persoon, of beter gezegd een privaatrechtelijke wilsverklaring. Een rechterlijk oordeel, ook al houdt dat een toewijzing of een beschikking in, is daarom geen rechtshandeling. Ten derde moet de rechtshandeling gericht zijn op een rechtsgevolg, dat wil zeggen op het ontstaan, tenietgaan of wijziging van recht. Niet nodig is dat de wilsverklaring op de onmiddellijke verwerkelijking van het rechtsgevolg is gericht; zo is het verstrekken van een volmacht op zichzelf een rechtshandeling, hoewel daardoor niet onmiddellijk een wijziging in de rechtstoestand wordt teweeggebracht.²⁴ Tenslotte moet de wil op het rechtsgevolg zijn *gericht*. Niet vereist is dat het rechtsgevolg ook daadwerkelijk intreedt. Een nietige rechtshandeling is ook een rechtshandeling en ook het testament moet reeds vóór de dood van de erflater als een rechtshandeling worden aangemerkt.

²¹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1900, p. 266 noot 1.

²² Vgl. H. Dernburg, *Pandekten*, I, 1902, p. 210: ‘Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist ein Erzeugnis der modernen Systematik. Die Römer haben einen entsprechenden technischen Ausdruck nicht gehabt’ (noot 4).

²³ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 267 noot 1a.

²⁴ De laatste bewerker van Windscheid – Kipp – tekent hierbij aan dat door de volmacht wel degelijk een wijziging in de rechtstoestand tussen volmachtgever en volmachtnemer wordt bewerkstelligd: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 269 noot 1c.

Terwijl Windscheid het *Rechtsgeschäft* onomwonden omschrijft als een wilsverklaring, waarschuwt hij er tegelijkertijd voor dat deze vaststelling niet omkeerbaar is. Niet elke wilsverklaring is ook een rechtshandeling.²⁵

‘Der meinem Diener gegebene Befehl, meine Kleider zu reinigen, ist Willenserklärung, aber kein Rgeschäft. Doch wird vielfach der Ausdruck Willenserklärung als gleichgeltend mit dem Ausdruck Rgeschäft gebraucht und dagegen ist auch, wo kein Mißverständniß zu fürchten ist, nichts einzuwenden.’²⁶

Zolang dus geen misverstand te vrezen is, is er niets tegen de uitdrukkingen rechtshandeling en wilsverklaring door elkaar te gebruiken, aldus Windscheid. Toch ligt dat misverstand dikwijls op de loer, onder andere bij de pogingen een omschrijving te geven van wat een overeenkomst is. Is de overeenkomst te beschouwen als één *Rechtsgeschäft* die bestaat uit twee of meer met elkaar overeenstemmende wilsverklaringen, of bestaat zij uit twee of meer *Rechtsgeschäfte*, waarbij dus het aanbod en de aanvaarding als afzonderlijke rechtshandelingen aan te merken zijn? Windscheid koos voor de eerste variant en noemde de overeenkomst een *zweiseitiges Rechtsgeschäft*, waarbij *der von Einem erklärte Wille durch die Willenserklärung des Anderen ergriffen und festgehalten werden muß*.²⁷ De uitdrukking *Rechtsgeschäft* kon met andere woorden worden gebruikt voor *eine Mehrzahl mit einander in einem bestimmten Zusammenhange stehender Willenserklärungen*. In deze omschrijving vormen de wilsverklaringen dus de bestanddelen van het ene *Rechtsgeschäft* en zijn zij daarmee niet gelijk te stellen.

Von Gierke daarentegen beschouwde de wilsverklaringen van de bij de overeenkomst betrokken partijen als evenzovele rechtshandelingen en de bewerker van Windscheid Theodor Kipp achtte dit alleszins toelaatbaar.

‘Es ist aber auch zulässig, die Offerte und die Acceptation je für sich als ein Rgeschäft ins Auge zu fassen.’²⁸

Een dogmatische moeilijkheid van deze laatste opvatting is hierin gelegen dat niet makkelijk is vast te stellen op welk rechtsgevolg de wil van de aanbieder is gericht. Het rechtsgevolg van de overeenkomst, dat wil zeggen de wijziging in de rechtstoestand die

²⁵ Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, p. 264, gaat nog verder en waarschuwt tegen alle gelijkstelling. Anders dan Windscheid acht hij niet elk *Rechtsgeschäft* ook een wilsverklaring. ‘Lehrt man dagegen, dasz alle *Rechtsgeschäfte* Willenserklärungen und bloße Willenserklärungen seien, so widerspricht dies dem wirklichen Thatbestande. Denn unmöglich kann man die Occupation, Tradition, Zahlung, die Realcontracte für bloße Willenserklärungen oder auch nur für Handlungen ausgeben, in denen das Wort die Hauptsache, das Werk oder die That Nebensache, oder in denen das Wort oder die Willenserklärung überall nothwendig sei. Ein Wille ist in ihnen allen nothwendig, eine Willenserklärung nicht in allen.’

²⁶ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 268.

²⁷ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 271.

²⁸ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 269 noot 1 in fine.

door de overeenkomst wordt veroorzaakt, heeft nog niet plaats op het ogenblik van het aanbod, dat immers onder omstandigheden ook weer kan worden ingetrokken.²⁹ Er is met andere woorden geen rechtsgevolg dat door het enkele aanbod wordt teweeggebracht, of het moest de ten tijde van Windscheid nog niet gehonoreerde, maar in de recente tijd erkende door redelijkheid en billijkheid beheerste precontractuele rechtsverhouding tussen de partijen zijn. Deze afwezigheid van een rechtsgevolg heeft Windscheid en anderen ertoe gebracht het aanbod te beschouwen als een *Willenserklärung* die geen zelfstandige rechtshandeling is, maar een bestanddeel vormt van de als één *Rechtsgeschäft* gekenmerkte overeenkomst.³⁰

BGB

Zoals Windscheid al had aangegeven was het *Rechtsgeschäft* een begrip dat uit de *rechtswetenschap* was voortgekomen en dan ook de *rechtswetenschap* ten dienste stond. Toch bleef het niet in de wetenschap steken. Het begrip bleek zo bruikbaar dat de wetgever de *Rechtsgeschäfte* als afzonderlijke *Abschnitt* in het algemene deel van het BGB heeft opgenomen. Deze *Abschnitt* bestaat uit zes titels en beslaat de paragrafen 104 tot en met 185. Verstandig genoeg ontbreekt in het wetboek een omschrijving van het nieuwe begrip. Verstandig omdat een wetboek zich niet leent voor definities. Bovendien heerste omtrent de omschrijving van het *Rechtsgeschäft* zo'n kakofonie van meningen en inzichten dat elke wettelijke definitie de heftigste polemieken zou hebben uitgelokt. Toch hebben de ontwerpers van het BGB niet het stilzwijgen bewaard en kan men in de Motieven en Protocollen wel degelijk achterhalen wat men onder de nieuwe categorie van de *Rechtsgeschäfte* verstond. Met name in de *Motive* van het eerste ontwerp (1888) vindt men vele inzichten van Windscheid terug. De *Motive* maken onderscheid tussen het *Rechtsgeschäft*, de *Willenserklärung* en de *Rechtshandlung*. Dat is voor de Nederlandse jurist nogal verwarrend omdat hij in het *Rechtsgeschäft* een equivalent ziet van wat in Nederland wordt aangeduid als de rechtshandeling. De *Motive* stellen de *Rechtshandlungen* juist als afzonderlijke categorie tegenover de *Rechtsgeschäfte* en verstaan daaronder onder andere die handelingen die wij *dadens* noemen. Zo wordt de onrechtmatige daad een *unerlaubte Handlung* genoemd. Maar ook de zaakwaarneming, de daadwerkelijke bezitsverkrijging en *specificatio* vallen onder de *Rechtshandlungen*. Tot geluk van de Nederlandse jurist is de uitdrukking niet opgenomen in het wetboek en

²⁹ Vgl. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, p. 303: 'Das Offert ist essentiell widerruflich. Wäre es unwiderruflich, so müsste schon es Vertrag, oder doch einseitiges Geschäft sein; allein einseitiges Geschäft ist es nicht, weil es die Bestimmung hat, Vertrag zu werden; Vertrag nicht, weil es nur einseitigen Willens ist.' Zie verder met name p. 303 noot 2. Zie hiervoor noot 15.

³⁰ Ook Meijers en in navolging van hem ons nieuwe BW stelt aanbod en aanvaarding niet gelijk aan zelfstandige rechtshandelingen. Volgens art. 6:218 BW is het aanbod geldig, nietig of vernietigbaar *overeenkomstig* de regels voor meerzijdige rechtshandelingen.

figureert zij slechts in de *Motive* van het eerste ontwerp.³¹ Het *Rechtsgeschäft* werd door de wetgever niet gedefinieerd, maar in de *Motive* omschreven als

‘eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäftes wird darin gefunden, dass ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich bethätigt, und dass der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht.’

Ook de uitdrukking wilsverklaring werd verder niet omschreven, maar in de zin waarin zij in de paragrafen van het wetboek wordt gebezigd, namelijk als *rechtsgeschäftliche Willenserklärung*, wijkt zij in betekenis niet af van het *Rechtsgeschäft*.

‘Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind der Regel noch als gleichbedeutend gebraucht.’

Tijdens de beraadslagingen over het eerste ontwerp werd kritiek geuit op de uitdrukking *Geschäftsfähigkeit* als de bekwaamheid om *Rechtsgeschäfte* af te sluiten. De critici opteerden voor de uitdrukking *Handlungsfähigkeit*; dienovereenkomstig zou in de Abschnitt niet langer over *Rechtsgeschäfte* maar over *Geschäfte und Rechtshandlungen* moeten worden gesproken. De commissie vond het allemaal te ingewikkeld en besloot aan de terminologie van het eerste ontwerp vast te houden. Ook daar was de kwestie al aan de orde gesteld geweest en had men doelbewust gekozen voor de technische uitdrukking *Geschäftsfähigkeit* boven de normale uitdrukking *Handlungsfähigkeit*. De laatste omvatte veel meer dan de eerste, onder andere de ‘bekwaamheid’ onrechtmatige daden te begaan. Ook was men bekwaam eigendom te verwerven door bezitsverkrijging, ook al was men *Geschäftsunfähig*, dat wil zeggen onbekwaam rechtshandelingen te verrichten. De commissie wilde op deze gronden ook bij tweede lezing de uitdrukking *Geschäftsfähigkeit* handhaven en als zodanig is zij ook in het BGB terechtgekomen.³² Voor de comparatist is het verwarrend dat de Nederlandse wetgever de term handelingsbekwaamheid gebruikt om aan te geven dat men bekwaam is rechtshandelingen te verrichten. Handelingsbekwaamheid dient dus te worden gelijkgesteld aan *Geschäftsfähigkeit* en niet aan *Handlungsfähigkeit*.

³¹ B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, I, Berlijn 1899, p. 421: ‘Den Rechtsgeschäfte als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind.’

³² Vgl. de moderne commentaren, bijvoorbeeld O. Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen*, 1981: Geschäftsfähigkeit u.a. sind Unterarten der Handlungsfähigkeit (kein Begriff des BGB).

Zoals wij zojuist zeiden is de uitdrukking *Willenserklärung* door de wetgever niet gedefinieerd evenmin als de overeenkomst (*der Vertrag*). ‘Derartige begriffliche Feststellungen sind nicht Aufgaben des Gesetzes’, schrijven de *Motive* kort en bondig.³³ Toch blijkt uit de gebezigde terminologie wel iets van de definitiestrijd die met name om het woord *Vertrag* is gevoerd. Windscheid omschrijft het als een ‘zweiseitiges Rechtsgeschäft’ en laat niet na er op te wijzen dat de ‘tweezijdigheid’ niet bestaat in ‘blosse Willensübereinstimmung’, maar in ‘Willensvereinigung’.³⁴ Zijn bewerker Kipp constateert dat het BGB, hoewel het geen omschrijving van *Vertrag* heeft gegeven, van de opvatting van Windscheid uitgaat. Toch gebruikt het BGB niet overal de uitdrukking *Vertrag* en met opzet niet. Wanneer namelijk de partijen hun wil gericht hebben op het zakelijk rechtsgevolg van onroerende zaken, wanneer derhalve de eigendom van een onroerende zaak wordt overgedragen, spreekt het BGB niet van *Vertrag*, maar van *Einigung*.³⁵

Het verschil in terminologie verraadt een subtiële kwestie die zich in haar algemeenheid voordoet telkens wanneer een zaak door bezitsverschaffing, *traditio*, in eigendom wordt overgedragen. Gaat die eigendom dan over enkel en alleen *omdat* de wil op dit rechtsgevolg gericht is of gaat de eigendom over ongeacht de gerichtheid van de wil, gewoon omdat de zaak op grond van een geldige titel door een beschikkingsbevoegde is verschaft. In het eerste geval hebben we te maken met een rechtshandeling; in het tweede met een ‘daad’.

Het verschil in zienswijze – rechtshandeling of daad – brengt een groot verschil in rechtsgevolgen met zich. Want beschouwt men de bezitsverschaffing en de overdracht in het algemeen als een rechtshandeling, dan is het niet meer dan consequent de leerstukken die aan de rechtshandeling eigen zijn en alle de wil betreffen op de *traditio* van toepassing te verklaren. Dan is de overdracht onafhankelijk van de daaraan ten grondslag liggende titel vernietigbaar wegens wilsgebreken, kan zij zelfstandig onder een voorwaarde of tijdsbepaling – beide immers een voorbehoud van de wil – plaatsvinden en zijn de regels van vertegenwoordiging op haar van toepassing. Om deze consequentie te ontgaan, althans in het midden te laten, heeft het BGB gekozen voor de uitdrukking *Einigung*.

‘Es sollte der Wissenschaft überlassen werden, inwieweit solche Einigung Vertragsgrundsätzen unterstehe,’

aldus Kipp, die daaraan toevoegt dat de wetenschap de *Einigung* niet anders kan kwalificeren dan als een overeenkomst, zonder dat daardoor vaststaat dat alles wat het BGB over overeenkomsten in het algemeen bepaalt ook op de *Einigung* van toepassing

³³ Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, I, p. 436.

³⁴ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 271.

³⁵ Ook bij de vestiging van vruchtgebruik op een roerende zaak moeten partijen bij de overgifte van de zaak *einig* zijn.

is.³⁶ Zo heeft het BGB zichzelf een theoretisch probleem geschapen waarover men ook na een eeuw nog naar hartelust kan twisten. Het is echter niet de bedoeling van dit opstel de ontwikkeling in de Duitse rechtsliteratuur op de voet te volgen, maar de introductie te beschrijven van het door de pandektistiek gepopulariseerde en in het BGB geïncorporeerde begrip *Rechtsgeschäft* in de Nederlandse rechtsliteratuur. Uit die Nederlandse rechtsliteratuur halen wij drie schrijvers aan, die zich reeds vóór de invoering van het BGB stelselmatig met de rechtshandeling hebben beziggehouden.³⁷

J.E. Goudsmit, G. Diephuis, H.L. Drucker

De eerste Nederlandse schrijver die de rechtshandeling een vaste plaats heeft gegeven in het stelsel van het vermogensrecht is de Leidse hoogleraar Joël Emanuel Goudsmit (1813-1882) geweest. Dat is niet verbazingwekkend, want Goudsmit onderwees het Romeinse recht en wel geheel volgens de methode van de Historische School. Hij staat dan ook bekend als de belangrijkste Nederlandse pandektist. In 1866 verscheen zijn *Pandecten-systeem*, een nabootsing van het *System* van de vijf jaar eerder overleden F.C. von Savigny, ‘hoofd en onverwelkbare roem’ der Historische school.³⁸ Eén blik in dit werk maakt duidelijk dat Goudsmit exclusief met Duitse juristen communiceert. In het vijfde hoofdstuk: *Over het ontstaan en tenietgaan van Rechten*, wordt niet zoals tot dan toe gebruikelijk de *overeenkomst* als de voornaamste ontstaansgrond van rechtsbetrekkingen aangeduid, maar de *rechtshandeling*. Onder rechtshandelingen verstaat hij ‘zoodanige handelingen, waarvan de strekking is en die de voorwaarde zijn tot het doen ontstaan, de wijziging of de opheffing van rechtsbetrekkingen’. Hij ziet de rechtshandeling dus uitdrukkelijk als een handeling die volgens hem twee wezenskenmerken heeft: ‘I°. de wilsrichting op het rechtsgevolg, II° dat het rechtsgevolg niet onafhankelijk van de wil ontstaan zij.’ Of de wil daarbij nog op andere oogmerken is gericht en wat het hoofdoogmerk van de handelende is geweest, doet er volgens Goudsmit niet toe en zo komt hij ertoe ook de toeëigening door jacht, en de zaakwaarneming als rechtshandelingen aan te merken.³⁹ De overeenkomst is bij hem een meerzijdige rechtshandeling en wel de ‘wederkeerig verklaarde wilsvereeniging van zelfstandig tegenover staande partijen, waardoor rechtsbetrekkingen geregeld worden.’⁴⁰ Zonder aarzelen schaart Goudsmit de

³⁶ ‘Die Wissenschaft wird sie für nichts anders als Verträge halten können, vorbehaltlich der Prüfung der Frage, ob alles, was das BGB von Verträgen im Allgemeinen sagt, auf sie Anwendung findet.’ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 271.

³⁷ Natuurlijk hebben meer Nederlandse juristen het nieuwe begrip gehanteerd, meestal in het kader van de destijds actuele vraag naar de grondslag van de gebondenheid van partijen aan een overeenkomst. Was dat de wil, de verklaring of het vertrouwen? Het is niet onze bedoeling deze polemiek, die meestal in verband met het overeenkomstenrecht werd gevoerd, opnieuw voor het voetlicht te halen.

³⁸ J.E. Goudsmit, *Pandecten-systeem*, I, Leiden 1866, p. 14.

³⁹ Anders Savigny, *System*, III,5, die deze handelingen rekende tot de daden.

⁴⁰ Goudsmit, *Pandecten-systeem*, p. 121 noot 3.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

levering ook onder de categorie der overeenkomsten. Ook hierin betoont hij zich een ijverige leerling van Savigny, die immers de levering als ‘dinglicher Vertrag’ had betiteld.

Voor Goudsmit is de rechtshandeling het fundament van het vermogensrecht, de handeling waarin de private wil van ieder individu zich het sterkst openbaart. Daarom acht hij een goede definitie van het begrip van groot belang, maar hij geeft toe dat er over de definitie nog ‘altoos strijd heerscht’, vooral onder de ‘nieuwere[n]’, tot wie hij (in 1866) Arndts en Windscheid rekent.

Twee jaren na Goudsmits *Pandecten-systeem* verscheen het eerste deel van *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* van Diephuis. Het zou zijn *opus magnum* worden en na zijn voltooiing dikwijls worden aangeduid als het ‘Systeem’ van Diephuis. Die benaming verradt de opzet van het werk en de herkomst van die opzet. Want de benaming ‘Systeem’ verwijst onmiddellijk naar de Pandektisten, naar de Historische School, naar Savigny. En inderdaad heeft Diephuis bij het ontwerpen van zijn ‘Systeem’ de Duitse pandektistische architecten voor ogen gehad en zijn enige Nederlandse voorbeeld: J.E. Goudsmit. In deel 2, verschenen in 1872, ruimt hij een belangrijke plaats in voor de ‘rechtshandelingen en hare vereischten’.⁴¹ Na een traditionele omschrijving van het begrip neemt hij stelling tegen de door Savigny betoogde gelijkstelling van wilsverklaring en rechtshandeling en stelt vervolgens vier eisen aan de geldigheid van de rechtshandeling: handelingsbekwaamheid, een geoorloofde inhoud, verklaring van een voldoende wil en voldoende verklaring van die wil. De uitwerking van deze vier vereisten geeft Diephuis de gelegenheid zijn stelsel op te bouwen maar anders dan Goudsmit, die zich aan geen wetsartikel, maar slechts aan de eclectisch uitgezochte Digestenteksten gebonden voelde, was Diephuis als trouwe uitlegger van de wet geketend aan haar woorden. Deze gebondenheid noopte hem soms tot een dubbele behandeling. Zo werden bijvoorbeeld de zogenaamde wilsgebreken zowel bij de rechtshandeling – ‘verklaring van een voldoende wil’ – als bij de overeenkomst behandeld, waar immers de wetsartikelen over dwang, dwaling en bedrog te vinden zijn.

Diephuis trekt een andere scheidslijn tussen rechtshandelingen en overige handelingen dan Goudsmit deed. Die overige of andere handelingen

‘hebben dit met elkander gemeen, en onderscheiden zich daarin van de rechtshandelingen, dat het rechtsgevolg, ’t welk zij te weeg brengen, niet het gevolg is van een zich in haar openbarende wil, maar van haar zelve. Zij zelve mogen het uitvloeisel zijn van den wil der handelende personen, zij zijn evenwel niet als zoodanig, niet als openbaring van dien wil, maar op zich zelve als oorzaak van haar rechtsgevolg te beschouwen.’

Het is dus ongepast en gevaarlijk, aldus Diephuis, deze handelingen te betitelen als wilsuitingen, *Willensäusserungen*, zoals Unger deed, omdat de wil nu juist bij deze

⁴¹ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, II, Groningen 1872, p. 45 e.v.

handelingen geen relevantie heeft. Anders dan Goudsmit ziet Diephuis de toeëigening niet als rechtshandeling. Het rechtsgevolg, de eigendomsverkrijging, treedt in

‘niet omdat men het wil worden en dit door de daad van toeëigening toont, maar door de daad van inbezitneming, die wel een gevolg is van onzen wil, doch nu op zich zelve dat gevolg te weeg brengt; onze wil, hoe duidelijk en krachtig ook op andere wijze geopenbaard, zou dat gevolg niet kunnen hebben, onze daad heeft het.’

Zo is het ook met de zaaksvorming en met de betaling van een schuld. Ook de laatste wordt door Diephuis niet als een rechtshandeling beschouwd. Het rechtsgevolg treedt in ongeacht de gerichtheid van de wil daarop.

In het jaar 1882 verscheen in Nederland een nieuw juridisch tijdschrift, het *Rechtsgeleerd Magazijn*. Oprichters en redacteurs waren twee Amsterdamse advocaten, S. Katz en W.L.P.A. Molengraaff en iemand achter wiens naam op het titelblad staat vermeld ‘Professor te Groningen’: H.L. Drucker.⁴² Drucker (1857-1917) heeft zich nog vóór de invoering van het BGB diepgaand met de nieuwe rechtsfiguur beziggehouden en dat is na het bovenstaande niet zo verwonderlijk. Want Drucker was net als Goudsmit hoogleraar in het Romeinse recht en net als Goudsmit in de ban van de Duitse pandektisten. In het eerste nummer van het nieuwe *Magazijn* schreef de kersverse ‘Professor te Groningen’⁴³ een beschouwing getiteld ‘Rechtshandeling en rechtsorde’.⁴⁴ Daarin ging hij na of het nieuwe begrip bestand was tegen de aanvallen die in de Duitse literatuur tegen zijn bestaansrecht waren verschenen. Sommige van die aanvallen waren niet nieuw en betroffen de vraag of men de delicten die gepleegd werden met het oogmerk het aan het delict verbonden rechtsgevolg in het leven te roepen, rechtshandelingen moest noemen. Iemand steelt om in de gevangenis te komen of pleegt een aanslag op het leven van een vorst om als martelaar te sterven.⁴⁵ Het valt Drucker niet moeilijk deze aanval af te weren. Ook de wil van de zelfmoordenaar is gericht op zijn overlijden, dus op de wijziging in de rechtstoestand, evenals die van de erfgenaam die de erflater vergiftigt om te kunnen erven. Maar deze rechtsgevolgen zijn niet vastgeknoopt aan de wil van de handelende, maar aan de dood en de vergiftiging. Zij waren met andere woorden ook ingetreden indien de wil niet daarop gericht was. Daarop had reeds Unger gewezen en daaraan had bij ons Diephuis uitvoerige beschouwingen gewijd. Een tweede aanval was fundamentele van aard en van meer recente datum. Wanneer men de definitie van de rechtshandeling aan een nauwkeurige en vooral aan een eerlijke beschouwing onderwerpt, dan blijkt aldus Drucker, dat de wil van

⁴² Over de geschiedenis van het tijdschrift leze men het jubileumnummer naar aanleiding van het 150-jarig bestaan van Themis, *RM Themis* 1989, p. 219-270.

⁴³ Drucker was daar zojuist tot hoogleraar benoemd.

⁴⁴ Men vergelijk deze titel met die van het artikel van Alfred Pernice, twee jaren tevoren verschenen in *Grünhuts Zeitschrift: Rechtsgeschäft und Rechtsordnung*.

⁴⁵ Bezwaren van o.a. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, p. 352 e.v. en S. Schloßmann, *Der Vertrag*, 1876, p. 129 e.v.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

de handelende of in het geheel niet of slechts in geringe mate op het rechtsgevolg is gericht.⁴⁶ Zo heeft de ‘gewone man’ meestal geen benul van de precieze rechtsgevolgen wanneer hij bijvoorbeeld een boek of een huis koopt. Dat die rechtsgevolgen toch intreden ligt dus niet aan zijn wil; ware dat zo, dan zou hij telkens op zijn *ignorantia iuris* een beroep kunnen doen. Zelfs een geschoold jurist is niet altijd op de hoogte van de rechtsgevolgen van zijn handelingen. Ook zou bij elke wetswijziging de wil van degene die een rechtshandeling verricht, mede moeten zijn gewijzigd en dat is niet aan te nemen, aldus onder andere Kohler, die daaraan nog het voorbeeld toevoegt van de Duitse boer die zich voor zijn inkopen naar de linkeroever van de Rijn begeeft, waar destijds de Franse Code civil gold en waar dus het vereiste van een levering na de koopovereenkomst voor de eigendomsoverdracht niet werd gesteld.

‘Schwerlich aber hat ein Bauer, der sich vom rechten auf das linke Rheinufer oder vom einen Schweizerkanton in den andern begibt, auch nur eine blasse Vorstellung von dem gewaltigen rechtlichen Unterschied seiner Käufe und Verkäufe, je nachdem sie hüben oder drüben geschehen.’⁴⁷

Men leest dat het Drucker meer moeite heeft gekost deze tweede, principiële aanval te pareren. Hij erkent dat de wil van de handelende partij in de eerste plaats gericht is op wat hij noemt de *economische* gevolgen. Hij had graag een ander woord gebruikt en een goed equivalent gevonden voor het Duitse woord *geschäftlich*, maar de Nederlandse taal was helaas ontoereikend en daarom moest men hem het veelvuldige woord van de uitdrukking *economisch* maar vergeven.⁴⁸ Want het moge dan zo zijn dat de bedoeling van de handelende persoon om te handelen meestal in de maatschappelijke, sociale ofwel economische sfeer moest worden gezocht, de rechtsorde vertaalt deze bedoeling in rechtsgevolgen, aldus Drucker. Zo wordt dan de *rechtsorde* te hulp geroepen om het begrip rechtshandeling te redden. De nieuwe poging van een omschrijving die Drucker tenslotte van de rechtshandeling geeft, omvat drie bestanddelen. De rechtshandeling is een

⁴⁶ Hierop wezen met name Ph. Lothmar, *Ueber die Causa im römischen Recht*, 1875, O. Karlowa, *Das Rechtsgeschäft*, S. Schloßmann, *Der Vertrag*, 1876 en met name O. Lenel, *Partei-absicht und Rechtserfolg*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1881, p. 154-253. In Nederland werden soortgelijke bezwaren geuit door H.J. Hamaker en Fockema Andreae in: *Nieuwe Bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving* 1875, p. 267 e.v.; J.A. Levy in: *Nieuwe Bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving* 1881, en P. van Bemmelen, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1889, p. 351 e.v.; Fockema Andreae begint zijn opstel over De wil en de wilsverklaring op p. 267 aldus: ‘De wil speelt m.i. in de rechtssystemen van nu en vroeger eene rol die hem niet toekomt, en die hem naar mijne overtuiging moet en vroeger of later zal worden ontnomen. Elke poging daartoe, met beleid gewaagd, verdient dan ook in mijn oog toejuiching.’

⁴⁷ J. Kohler, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1800, p. 150.

⁴⁸ Elders in het artikel, op blz. 44, roept hij na het gebruik van het woord *Thatbestand* bijna wanhopig uit: ‘Wie helpt ons aan een Hollandsch woord voor dit onmisbare begrip?’ Er blijkt maar weer eens uit hoe ‘Duits’ Drucker in deze periode van zijn leven dacht.

handeling, dat is een toerekenbare daad van de mens die met die handeling *economische* gevolgen *beoogt*, welke *economische* gevolgen, *althans in het algemeen*, door het recht worden gebillijkt en daarom als rechtsgevolg worden erkend. Het siert Drucker dat hij toegeeft dat de definitie rijkelijk vaag is, maar dat mag iemand die de wetenschap bedrijft niet afschrikken, zo leerde hij reeds van zijn voorbeeld, de grote Ihering:

‘Vraagt men nu naar het practische nut dezer definitie, zoo antwoord ik: door eene dergelijke bepaling in de wet op te nemen, zal men in een algemeen gedeelte een aantal punten kunnen regelen, die, zonder dit, telkens weder op nieuw moeten worden behandeld.

...

Doch ook afgescheiden van dit directe nut, kan de behandeling van eene dergelijke vraag vrucht opleveren. ‘So wie die Naturwissenschaft die für das Leben folgenreichsten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Untersuchungen macht, die von vornherein gar keine praktische Ausbeute in Aussicht stellten und wie sie regelmässig dadurch dem Leben am meisten dient, dass sie sich ihm entzieht, so trifft dasselbe nicht selten auch für die Jurisprudenz zu. Ihre besten Entdeckungen macht sie mitunter in völlig unpraktischen Regionen, und hätten die römischen Juristen uns auch sonst nichts gelehrt, wir wären ihnen schon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: dass nämlich die Jurisprudenz, um praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen allein beschränken darf’.⁴⁹

Het voorzichtige standpunt van Drucker maakte uiteraard geen einde aan het debat over het nut en de noodzaak van het nieuwe begrip rechtshandeling. De meest radicale tegenstander was wellicht P. van Bemmelen, die de rechtshandeling omschreef als een daad en de overeenkomst als een gemeenschappelijke daad:

‘Op den voorgrond moet ik weder stellen, dat wij met den geheelen humbug van *willen* en *wilsverklaringen* niets te doen hebben. Wij danken dien humbug aan eene gebrekkige psychologie en aan verkeerde, vooral uit het natuurrecht afkomstige, doctrinaire traditiën. Willen is kiezen, is zelfbepaling tot zoo of anders handelen, tot het doen of laten van iets. De *wil* behoort te huis in het strafrecht.

...

Doch die wil behoort niet te huis in het privaatrecht, noch in het staatsrecht; en het ware wenschelijk, dat, ter voorkoming van verwarring, zelfs het woord uit beider gebied verbannen werd.

...

Desgelijks moest in het civielrecht niet meer gesproken worden van rechtscheppende willens en wilsverklaringen der rechtssubjecten. Wij vinden dáár eenzijdige en tweezijdige rechtshandelingen die eene verbintenis doen ontstaan of vergaan, een rechtsovergang bewerkstelligen enz. De eenzijdige rechtshandeling is de onstoffelijke juridische *daad* van een enkel persoon, die bijv. eene verbintenis jegens een ander doet ontstaan, anders gezegd zich verbindt. De tweezijdige rechtshandeling is de gemeenschappelijke onstoffelijke juridische *daad* van twee personen die, in onderling overleg of althans met elkander in verband getreden zijnde, te zamen bijv. eene verbintenis vestigen.⁵⁰

⁴⁹ Drucker, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 62-63.

⁵⁰ P. van Bemmelen, ‘Het rechtsbegrip van overeenkomst’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1889, p. 352-353.

De verheffing van het *Rechtsgeschäft* van een wetenschappelijk tot een wettelijk begrip heeft de discussie over het bestaansrecht van het begrip langzaam maar zeker gesmoord, in Duitsland en ook in Nederland. Het *Rechtsgeschäft* en zijn Nederlandse tweelingbroer de rechtshandeling zijn uit de juridische begrippenwereld niet meer weg te denken. Wel was de Nederlandse status van de rechtshandeling natuurlijk nog geen wettelijke en zag het er aan het begin van de twintigste eeuw niet naar uit dat die ooit zou worden verworven. De algemene vermogensrechtelijke leerstukken bleven wettelijk verbonden met de overeenkomst maar in de hand- en leerboeken nam de rechtshandeling steeds meer de centrale plaats in. De eerste schrijver die in zijn stelselmatige behandeling van het vermogensrecht het nieuwe wettelijke Duitse systeem verwerkte was J.Ph. Suyling.⁵¹

J.Ph. Suyling

Ook Suyling stond sterk onder invloed van de Duitse dogmatiek. Anders dan de negentiende-eeuwse trojka Opzoomer, Diephuis en Land behandelde hij het Nederlandse vermogensrecht volgens de in Duitsland gangbare opzet, meer zoals Goudsmit zijn *Pandecten-systeem* had opgebouwd. Op deze wijze kwam hij tot een nieuwe systematisering en met name tot een algemeen deel van het vermogensrecht dat hij in 1918 in zijn *Inleiding tot het burgerlijk recht* beschreef. Hij liet zich daarbij inspireren door het *Allgemeiner Teil* van zijn voorbeeld, de Zwitser Andreas von Tuhr. Suylings *Inleiding* verschilt dus fundamenteel van de *Inleiding* van Land. Behandelde de laatste in zijn *Inleiding* de filosofische vragen van ‘het recht en zijn ontstaan’ en de geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek, bij Suyling niet of nauwelijks filosofie en geen geschiedenis.⁵² Zijn

⁵¹ De bewerker van N.K.F. Lands *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, W.H. de Savornin Lohman, bleef de wijze van behandelen van Land trouw en gebruikte het woord rechtshandeling niet in systematische zin. Wel ging hij bij de bespreking van de overeenkomst uitvoerig in op de grondslag van de gebondenheid ervan. Evenals Land zag hij die gelegen niet in de wil maar in de verklaring. Het veelbesproken vraagstuk had, zo schreef hij, zijn bekoring behouden voor de oostelijke naburen ook na de totstandkoming van het nieuwe wetboek. Land-Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem 1907, p. 178 noot 2.

⁵² Interessant in dit opzicht is de ietwat cynische voorrede bij de tweede druk uit 1927. Suyling reageert daar op de kritiek dat zijn boek wegens het ontbreken van filosofie en geschiedenis ongeschikt zou zijn voor studenten. Hij zegt dan: ‘Allerlei heeft de verschijning van dezen tweeden druk veel langer dan mij lief was vertraagd. Wie meenen, dat de Inleiding voor de juridische jeugd de ‘kiem des verderfs’ in zich draagt, behoeft die vertraging zeker niet te ontstemmen. En tot geruststelling moet het hun ook strekken, dat dit boek den practischen jurist, over het hoofd der studenten heen, heeft bereikt. Of de beginnende advocaat en de toekomstige rechter dan niet eens – natuurlijk slechts om der curiositeit wille – deze van alle historie en alle philosophie of pseudo-philosophie gespeende bladzijden zullen opslaan? Daarover behoeft men zich, geloof ik, in het geheel niet te verontrusten. Als zoo iets onverhoopt gebeuren mocht, moet de voortreffelijkheid van de traditioneele voorstellingen deze nieuwsgierige jongeren toch wel onvatbaar maken voor de besmetting, die hem uit deze verboden lectuur bedreigt.’

Inleiding behandelt na enkele onderscheidingen in het recht de algemene leerstukken van het privaatrecht. Daarin introduceerde Suyling onder andere de sindsdien niet meer uit de juridische begrippenwereld weg te denken verzameluitdrukking *wilsgebreken*.⁵³ Daarin verruilde hij de overeenkomst als het kernbegrip van het verbintenissenrecht voor de rechtshandeling. Die positie heeft zij sinds Suyling niet meer afgestaan.

Suyling onderscheidde de rechtshandeling enerzijds van de materiële daden, anderzijds van de wilsverklaring. Aan de materiële daad verbindt de wet gevolgen ‘om de door deze daden veroorzaakte verandering in de wereld der stoffelijke of geestelijke dingen’, aan de rechtshandeling knoopt de wet werkingen vast, ‘omdat zij daarin ziet de openbaring van een zekeren wil’.⁵⁴ Met de wilsverklaring mag men de rechtshandeling niet vereenzelvigen, aldus Suyling, ‘al bestaat tusschen de beide begrippen zeer nauwe verwantschap’.⁵⁵ De rechtshandeling omvat tevens de wilsverklaring, want de laatste maakt altijd, zo niet het enige, dan toch het belangrijkste element van de rechtshandeling uit. De wet ziet in de rechtshandeling een *wilsuiting*. Elders werkte hij de omschrijving van het begrip verder uit aan de hand van de vraag of voor een geldige rechtshandeling de aanwezigheid van een op het rechtsgevolg gerichte subjectieve wil noodzakelijk is. Suyling verwierp dit standpunt ten stelligste met een beroep op de rechtsorde.

‘Onze rechtsorde wraakt dit standpunt. Niet aan den subjectieven wil, maar aan de objectieve, uit de verklaring afgeleide bedoeling houdt zij zich in beginsel.’⁵⁶

...

De handelende persoon wordt normaal, de objectief uit de verklaring afgeleide bedoeling wordt aanwezig geacht, zoolang niet in zekere als uitzonderingen erkende gevallen het tegendeel wordt bewezen. Een subjectieven, bepaaldelijk een subjectieven, op mededeeling gerichten wil somt ons recht onder de onmisbare voorwaarden voor het bestaan van een wezenlijke wilsverklaring of van een wezenlijke rechtshandeling niet op.’⁵⁷

Zoals wij hebben gezegd heeft de rechtshandeling haar centrale plaats in het Nederlandse verbintenissenrecht niet meer afgestaan. Met die constatering is eigenlijk dit opstel voltooid. Het stelde zich immers ten doel aan de hand van een voorbeeld de invloed te beschrijven die het Duitse wetboek op de Nederlandse rechtsleer heeft gehad. Toch ligt een korte beschrijving van ‘hoe het de Nederlandse rechtshandeling verder verging’ voor de hand. Want ook in Nederland heeft de rechtshandeling een wettelijke status gekregen, bijna een eeuw na haar verheffing in Duitsland. De man die deze status heeft voorbereid was de ontwerper van het nieuwe BW, Eduard Maurits Meijers. Zijn in de wet neergelegde zienswijze werd ondersteund door de overgrote meerderheid van zijn vakbroeders. Toch is na zijn dood nog een frontale aanval op de rechtshandeling ondernomen waarin alle

⁵³ Zie daarvoor J.H.A. Lokin, *Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten*, Amsterdam 1973, p. 40.

⁵⁴ J.Ph. Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1^e stuk, 1^e gedeelte, Haarlem 1918, p. 123.

⁵⁵ Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1^e stuk, 1^e gedeelte, p. 134.

⁵⁶ Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1^e stuk, 1^e gedeelte, p. 138.

⁵⁷ Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1^e stuk, 1^e gedeelte, p. 141.

argumenten van het negentiende-eeuwse Duitse debat opnieuw in stelling zijn gebracht. Die aanval is met een waar veldheerstalent ondernomen door J.M. van Dunné in zijn proefschrift over de normatieve uitleg van rechtshandelen. Aan beide visies zullen wij tot besluit enkele woorden wijden.

E.M. Meijers

De denkbeelden van Meijers aangaande de rechtshandeling zijn door hem in 1948 op schrift gezet in deel I van de *Algemene leer van het burgerlijk recht*, dat handelt over de Algemene Begrippen.⁵⁸ Uit die denkbeelden blijkt dat hij niet afwijkt van de pandektistische traditie. De rechtshandeling, aldus Meijers, bestrijkt dat deel van het recht waarbij de rechtsvorming aan de individuen is overgelaten. Het is het gebied van de partij-autonomie, waarbij de partij kan optreden als wetgever. Twee bestanddelen ziet Meijers van de rechtshandeling: een wil om het rechtsgevolg te doen intreden – over de gerichtheid van de wil spreekt Meijers hier niet – en een verklaring die aan die wil uiting geeft. Oneens is Meijers het met diegenen die aan de wil zijn relevantie willen ontnemen omdat het uiteindelijk de uiterlijke gedragingen der mensen zijn waaraan het recht rechtsgevolgen verbindt. Meijers wil wel toegeven dat de voorstellingen en gedachten die een mens heeft zich slechts in een daad, in een uiterlijke gedraging, kunnen openbaren en dus slechts op grond van uiterlijke omstandigheden worden gekend.

‘Het is volkomen waar, dat tot het bestaan van zodanige gedachten en voorstellingen door een rechter alleen op grond van uiterlijke omstandigheden kan besloten worden, maar daardoor worden deze uiterlijke omstandigheden niet de rechtsfeiten, die het rechtsgevolg in het leven roepen. Zij zijn niet meer dan bewijsgronden voor het eigenlijke rechtsfeit, de wil of de voorstelling. Zolang men nog het strafwaardige gelegen vindt in het wederrechtelijk wegnemen van een zaak met het oogmerk om zich die zaak wederrechtelijk toe te eigenen en niet in het wegnemen onder omstandigheden, die gewoonlijk met dit oogmerk gepaard gaan, zolang nog een valse eed geen eigendom of een ander recht geeft, ook al heeft degene, die hem aflegt, zijn proces daardoor gewonnen, zolang ook treden de bewijsgronden voor een wil of gedachte niet in de plaats van de wil of de gedachte zelf.’⁵⁹

Bij de meerzijdige rechtshandeling die ook wel overeenkomst wordt genoemd is het al niet anders. Het is misleidend, aldus Meijers, het opgewekte vertrouwen te zien als het rechtsfeit, hetwelk de rechtsgevolgen der overeenkomst in het leven zou roepen.

‘Zelfs indien dit opgewekte vertrouwen het gemeenschappelijk kenmerk van alle gevallen was, dan nog zou het een begripsvorming zijn, die af te keuren is, omdat zij wel mechanisch

⁵⁸ Al in 1921 had Meijers zijn denkbeelden uiteengezet in een artikel getiteld: ‘De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen’, *WPNR* 2675-2679, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, III, Leiden 1954-1955, p. 81 e.v.

⁵⁹ E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk recht. Deel I De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948, p. 212.

verenigt datgene wat te zamen hoort, maar in haar karakterisering der groep irrationeel is: waarom moet, wil het rechtsgevolg intreden, het vertrouwen zijn opgewekt tot iets wat, naar men leert, voor dat rechtsgevolg irrelevant is, nl. de wil der partijen om dat gevolg te bewerkstelligen?’⁶⁰

Meijers verdedigt dus het bestaansrecht van de rechtshandeling en ziet de grondslag van haar gelding gelegen in de wil van het autonome individu. Hoewel hij een plaats inruimt voor het vertrouwen, blijkt het steeds te gaan om het vertrouwen *omtrent de geuite wil* en is dus de *wil* en niet de *verklaring* de stam waarop het vertrouwen van de wederpartij is geënt. Meijers hangt derhalve de opvatting aan die door het systeem van Savigny in de negentiende eeuw gezag heeft verworven en met behulp van Windscheid in het BGB een plaats heeft gekregen. Een nog prominentere plaats geeft Meijers de rechtshandeling in het nieuwe Nederlandse wetboek. Want terwijl het BGB zich van een definitie onthoudt, ontwerpt Meijers de leerboekachtige formulering van art. 3.2.2: *Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard.*

Weliswaar stelt Meijers niet zoals Savigny en Windscheid de rechtshandeling aan de wilsverklaring gelijk, maar het artikel geeft aan dat de wilsverklaring een handeling tot rechtshandeling maakt. Dat van die vereiste wilsverklaring de wil in het centrum van het zonnestelsel der juridische begrippen staat, blijkt zonneklaar uit de toelichting die Meijers bij het artikel schrijft:

‘Voorop wordt in dit artikel gesteld, dat voor een rechtshandeling nodig is een op rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Met het stellen van deze dubbele eis van wil en verklaring, is geenszins in de vroegere strijd tussen wilstheorie en verklaringstheorie voor de eerste partij gekozen. Het dilemma was vroeger onjuist geformuleerd. De strijd ging immers niet tussen wil of verklaring (d.i. het door een verklaring opgewekte vertrouwen), maar tussen: alleen de geopenbaarde wil als grondslag van het rechtsgevolg, of een dubbele grondslag, zowel de geopenbaarde wil als daarnaast het opgewekte vertrouwen. In aansluiting met de in de Nederlandse rechtspraak reeds lang tot uitdrukking gekomen opvatting is het laatste stelsel aanvaard.’⁶¹

In navolging van wat wij tevoren reeds bij Drucker hebben besproken, gaf Meijers wel toe dat ‘het niet nodig is dat de wil van de verklarende op alle rechtsgevolgen, die de handeling doet intreden gericht hoeft te zijn. De rechtsgevolgen die de wet, de gewoonte of de billijkheid doet intreden, ook al zijn zij niet verklaard, behoeven niet gewild te zijn.’

Kenmerkend voor de toelichting is de herhaling van het reeds in de *Algemene Begrippen* neergelegde axioma dat de wil ten troon zit, geholpen door het vertrouwen dat deze (geuite) wil heeft opgeroepen. Deze hulp zal slechts in uitzonderlijke gevallen te baat worden genomen, aldus Meijers, omdat de met de verklaring overeenstemmende wil het

⁶⁰ Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 214.

⁶¹ *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 3, Deventer 1981, p. 164.

VAN HANDELING NAAR RECHTSHANDELING

‘normaalttype’ van de wilsverklaring vormt. Voor deze uitzonderlijke hulp ontwierp hij art. 3.2.3, dat luidt:

‘Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.’

De toelichting op dit artikel is zeer summier, maar in de *Algemene begrippen* had Meijers al aangegeven hoe hij het in dit artikel geregelde geval rijmde met zijn uitgangspunt van het wilsvereiste. Van de drie rechtstheoretische mogelijkheden die Meijers zag, achtte hij die van de gefingeerde wil de meest geëigende. Kortom, ontbrak de wil, dan werd hij gefingeerd toch aanwezig te zijn geweest.⁶² Zo bleef de cirkel gesloten. Aan de Duitsers was het negentiende-eeuwse karakter van Meijers’ wetsartikel niet ontgaan. In 1960 schreef Werner Flume in het *Festschrift Deutscher Juristentag* in een terugblik op de pandektistische wilsleer: *Siehe aus neuerster Zeit den Entwurf Meijers III.2, art. 2, mit dem der deutschen Lehre folgenden ‘klassischen’ Rechtsgeschäftsbegriff*.⁶³

Van Dunné

Meijers’ wetsartikelen hebben inderdaad hun weg gevonden naar het nieuwe wetboek, maar niet dan na enkele verkeersdrempels te hebben genomen. Van alle obstakels die zijn opgeworpen zouden wij aan één kort aandacht willen schenken. Het is de hiervoor al gemelde frontale aanval op de visie van Meijers c.s. door J.M. van Dunné in 1971. In zijn proefschrift brengt Van Dunné de oude Duitse controverse tussen voor- en tegenstanders van de wilsverklaring opnieuw voor het voetlicht. Want hoewel hij voor zijn opvatting steun zoekt en vindt in onder andere het Engelse en Amerikaanse recht, in Italië, Frankrijk en Scandinavië, is het toch vooral het oude Duitse debat dat hij nieuw leven inblaast.

Voorop staat dat Van Dunné geen afscheid neemt van het woord rechtshandeling. Integendeel. In de omschrijving die hij van de rechtshandeling geeft krijgt het begrip een betekenisuitbreiding en verovert het het gebied dat tot dan toe door de rechtmatige en onrechtmatige daden werd beheerst. Die eerst als werkhypothese gegeven omschrijving luidt als volgt:

‘Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.’

⁶² Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 214-216.

⁶³ *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag*, 1960, p. 150, noot 40a, vgl. J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer 1971, p. 340.

De definitie bevat twee onderscheidende kenmerken. Het eerste wordt aangegeven met de woorden *krachtens de normen van het geldend recht*. Die normen bepalen of aan een handeling rechtsgevolgen worden toegekend of niet. In het eerste geval heeft men dan te maken met een *rechtshandeling*, in het tweede met een feitelijke handeling. Dat betekent dat er geen caesuur is tussen een (rechtmatige of onrechtmatige) daad en een rechtshandeling, en dat onder andere de betaling, de kwijtschelding, de levering, het aanbod en de aanvaarding als evenzovele eenzijdige rechtshandelingen kunnen worden beschouwd. De normen van het geldend recht worden zichtbaar in de uitlegging door de rechter, hetgeen betekent dat de uitlegging van de rechter een normatieve uitlegging is.

Het tweede onderscheidende kenmerk is de toerekening aan de handelende persoon. Dit kenmerk staat lijnrecht tegenover de wilsleer. Uitgangspunt is namelijk niet het autonome individu en zijn wil, maar de rechtsorde die bepaalt of de rechtsgevolgen op de handelende persoon betrekking hebben. Ook hier moet de rechtspraak door uitlegging, dat wil zeggen door rechtsvinding, steeds opnieuw de criteria vaststellen op grond waarvan de rechtsgevolgen met de handelende persoon worden verbonden, anders gezegd aan hem worden toegerekend. Aan de hand van talloze voorbeelden uit de rechtspraak laat Van Dunné zien welke die criteria zijn.

Het alternatief van Van Dunné heeft het verleidelijke van de eenvoud en tegen zijn aanval op de ‘wilsmystiek’ is weinig meer in te brengen dan wellicht de gedrevenheid waarmee hij zijn geschut in stelling heeft gebracht. Toch heeft die aanval het wettelijk bastion niet veroverd en hebben de wetsartikelen in hun nieuwe nummering 3:33 en 3:35 ongewijzigd de stormloop doorstaan.⁶⁴ Weliswaar werd in het eindverslag een gerichte vraag gesteld: ‘Dient deze meer op de wilsleer dan op de vertrouwensleer gebaseerde bepaling, mede gelet op de kritiek van Van Dunné te worden gehandhaafd?’,⁶⁵ maar de minister antwoordde dat deze vraag zich niet voor beantwoording door de wetgever leende en in het nieuwe wetboek dan ook uitdrukkelijk aan de doctrine was overgelaten.⁶⁶ De artikelen zoals zij door Meijers waren opgesteld bleven gehandhaafd omdat zij met geen van de theorieën die door de doctrine waren opgesteld, onverenigbaar waren, behalve met die van Van Dunné, die immers uitging van een ander begrip rechtshandeling. Ondanks de pogingen, aldus het Eindverslag, om tot een andere terminologie te komen, blijven bij de schrijvers, ook bij Van Dunné, wil, verklaring en vertrouwen alle drie een hoofdrol spelen.

‘Het is ermee als met het biljartspel. Men heeft drie ballen en een keu. Daarmee kan men op alle mogelijke manieren stoten, maar het blijft een spel met drie ballen en een keu.’⁶⁷

⁶⁴ De obligatoire overeenkomst wordt in art. 6:213 omschreven als een *meerzijdige rechtshandeling*, en is dus aan de categorie der rechtshandelingen ondergeschikt gemaakt. De overeenkomst is derhalve een *species* van het *genus* rechtshandeling.

⁶⁵ Ook J.H. Nieuwenhuis had zich in zijn proefschrift *Drie beginselen van contractenrecht* (1979) voor een andere grondslag van gebondenheid uitgesproken.

⁶⁶ *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 3, p. 169.

⁶⁷ *Parl. Gesch.*, Boek 3, p. 169.

Zo prijkt dan een door de Duitse pandektisten uitgevonden wetenschappelijk begrip, destijds *ein Erzeugnis der modernen Systematik*⁶⁸ meer dan anderhalve eeuw na zijn uitvinding op een prominente plaats in ons Nederlandse wetboek.

Slotsom

Van alle Duitse rechtsfiguren die de Nederlandse rechtsleer hebben beïnvloed is die van het *Rechtsgeschäft* in de gedaante van de rechtshandeling wel het meest succesvol geweest. Zij heeft een ware triomftocht gehouden van het BGB naar het nieuwe BW langs de leer- en handboeken van bijna alle Nederlandse juridische schrijvers. Toen zij zegevierend een plaats veroverde in het Duitse wetboek, had de veldslag waarin zij de overwinning behaalde reeds plaatsgehad. Die veldslag speelde zich af in de negentiende eeuw en woedde voornamelijk tussen de pandektisten. Het was een *Bruderkrieg* die door enkel Duitsers werd gevoerd en in Nederland op microniveau werd nagespeeld; in de Nederlandse schermutseling waren de wapens der argumenten immers alle van Duitse makelij.

De Nederlandse rechtshandeling lijkt inhoudelijk veel op haar Duitse evenbeeld en dat is op zichzelf verwonderlijk. Want in de 92 jaren die tussen de twee wetboeken zijn verlopen is de oude eind-negentiende-eeuwse kritiek op de ‘mystiek’ rondom de wil niet alleen niet verstomd, maar slechts versterkt. Dat ondanks die aanzwellende kritiek de rechtshandeling toch de hoeksteen van het privaatrechtelijk bouwwerk is gebleven, is voor een groot deel op het conto te schrijven van E.M. Meijers, die de rechtshandeling in het ontwerp BW heeft opgenomen. Hij is in dit opzicht de Windscheid van het nieuwe BW geweest. Toch zijn het naar onze mening niet alleen de denkbeelden van Meijers geweest – denkbeelden die overigens in allerlei varianten werden gedeeld door een brede kring van schrijvers – die de rechtshandeling in het wettelijk zadel hebben geholpen. Er is naar onze mening een diepere reden die is gelegen in de architectuur van het privaatrechtelijk bouwwerk, zoals wij dat in de laatste twee eeuwen kennen. Ons privaatrecht zit gevangen in zijn eigen systeem en de fundamenten daarvan zijn gelegd door de grondleggers van de Historische School. De rechtshandeling, door Savigny vereenzelvigd met de wilsverklaring, bleek de hoeksteen van het pandektistische metselwerk te zijn, een onmisbare hulp bij het systematiseren. Windscheid had zich daarover al uitgelaten en Drucker heeft dat in zijn opstel over de rechtshandeling en de rechtsorde trefzeker onder woorden gebracht. Hij zag de rechtshandeling niet als een bovennatuurlijk begrip dat eeuwige gelding had, maar als een tijdelijk te benutten theoretisch hulpmiddel. Wij laten hem nogmaals aan het woord.

⁶⁸ Dernburg, zie noot 22.

‘Wat was het doel dat men beoogde, toen men dit nieuwe begrip in de wetenschap invoerde? M.i. een zeer prijzenswaardig: de wensch te systematiseren ...

Ook hier kunnen wij van de natuurwetenschappen leren. Men kende lang niet alle verschijnselen van het licht, toen Newton zijne emanatie-theorie opstelde. Later werden verschijnselen ontdekt, die niet met haar waren overeen te brengen en zij moest vallen. Niettemin had zij de wetenschap gewichtige diensten bewezen. Zelfs de meest betwistbare hypothesen worden in de natuurwetenschap met vrucht aangewend. Waarom zouden wij niet eveneens handelen? Men behoeft zich nog niet met Zitelmann in de eerste plaats door didactische gronden te laten leiden: het recht is er niet voor het gemak der professoren en der studenten. Maar men zal toch moeten erkennen, dat een systeem, al blijkt het misschien later valsch te zijn, zijn nut kan hebben; dat het de aandacht vestigt op het verband der dingen, dat men anders zoo licht uit het oog zoude verliezen. Bovendien is niets geschikter om te leiden tot opbouw van een nieuw stelsel, dan het aanwijzen van fouten in het oude.

Heeft men nu aangetoond, dat het begrip der rechtshandeling geene waarde heeft? M.i. neen. Het is onloochenbaar, dat er een aantal gevallen zijn, waar dezelfde bepalingen omtrent termijn, voorwaarde, causa, dwang, dwaling enz. gelden. Wat kan er tegen zijn, die gevallen tot ééne groep te brengen, en ze rechtshandelingen te noemen. Met den Bonnschen professor Schlossmann en den Leipziger priva doce nt Lenel ... geloof ik, dat het begrip rechtshandeling voorloopig moet worden gehandhaafd, *al geloof ik tevens dat er wellicht een tijd zal komen, waarin men het door een ander zal kunnen vervangen.*⁶⁹ (cursivering JHAL)

De tijd waarin het begrip rechtshandeling door een ander kan worden vervangen is na meer dan honderd jaar nog niet gekomen, of scherper gezegd, is wellicht allang gekomen, maar is voorbijgegaan omdat men teruggeschrokken is en nog steeds terugschrikt voor de fundamentele verbouwing die zulk een vervanging met zich mee brengt. Ook het nieuwe BW heeft het oude bouwwerk niet wezenlijk aangetast en omdat er geen nieuw is gekomen hebben de alternatieven, zoals bijvoorbeeld dat van Van Dunné, geen kans gekregen, beter gezegd, geen kans kunnen krijgen. Men kan geen alternatief propageren voor de ‘rechtshandeling die een wilsverklaring vereist’ zonder daarbij een blauwdruk te leveren van een heel nieuw bouwwerk. Er is met andere woorden geen aannemer nodig die een dragende muur vervangt, maar een architect, die een nieuwe indeling van het huis ontwerpt. Zolang die er niet is, zal de rechtshandeling het gebrekkige hulpmiddel blijven dat het al sinds de tijden van Schlossmann, Lenel en Drucker is, een hulpmiddel van Duitse herkomst.

Aan de omschrijving van de overeenkomst in art. 1349 OBW en in art. 6:213 BW wordt de in dit opstel beschreven ontwikkeling zichtbaar. Was zij in 1838 nog een *handeling*, nu is zij een *rechtshandeling*, een wijziging in woord miniem, in systematiek immens.

J.H.A. Lokin

Groningen

⁶⁹ Drucker, *RM* 1882, p. 39-41.